



DELIBERA N. 549 del 28 novembre 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla società EP Spa – Affidamento servizio di Refezione Scolastica per Scuola Infanzia, Primaria e Secondaria di primo grado del Comune di Portici-anni scolastici 2024/2025, 2025/2026 e 2026/2027 – **Criterio di aggiudicazione:** offerta economicamente più vantaggiosa – **Importo a base di gara:** euro 2.296.140,00 – **CIG:** B2C812D3D8 – **S.A.:** Comune di Portici.

UPREC-PRE-0315-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Art. 92 del d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Sopralluogo – Richiesta proroga termini presentazione delle offerte.

Massima

Non massimabile.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 novembre 2024

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0118442 del 11.10.2024, con la quale la società EP Spa contesta, in primo luogo, il fatto che la Stazione appaltante abbia concesso il sopralluogo solo 3 giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte senza concedere la pur richiesta proroga di siffatto termine e, in secondo luogo, il fatto che, durante tale sopralluogo, non le sia stato comunque consentito di accedere ai refettori, con la conseguenza *«di non essere stata messa in condizioni di formulare la sua migliore offerta»;*

CONSIDERATO che secondo la società istante l'oggettiva impossibilità di effettuare un sopralluogo completo, comprendente soprattutto i refettori (in quanto *«luogo ove si svolgerà una parte essenziale del servizio, ossia la "distribuzione dei pasti", e/o di visionare le "attrezzature" da integrare – nella propria offerta – quale "miglioria" suscettibile di essere premiata con l'attribuzione di 5 punti»*) e la negata concessione di un congruo termine per formulare la propria offerta, non le avrebbe consentito, stante anche la complessità dell'appalto in oggetto, la partecipazione alla gara, costituendo ciò una illegittima restrizione della concorrenza;

CONSIDERATO che la società istante pone dunque all'Autorità il seguente quesito: *«se a fronte dell'obbligo di cui alla citata disposizione normativa [ovvero l'art. 92 del D. Lgs. n. 36/2023 – n.d.r.], concedere e/o effettuare il sopralluogo – non previsto quale "obbligatorio" dalla lex specialis – in maniera ridotta e/o oscurante elementi fondamentali per la esecuzione dell'appalto (e/o, comunque, fondamentali per l'attribuzione dei punteggi) sia, o meno, conforme alla normativa di settore e se, in particolare, produca, o meno, un ingiustificato effetto restrittivo della concorrenza»;*

CONSIDERATO che la Stazione appaltante sostiene invece la correttezza del proprio operato, atteso che:

- la *lex specialis* di gara non prevedeva alcun obbligo di sopralluogo ai fini della presentazione dell'offerta;
- la "E.P. S.p.A.", a fronte del termine del 06.09.2024 per la richiesta di chiarimenti e del 16.09.2024 per la presentazione dell'offerta, ha avanzato la richiesta di sopralluogo solo in data 11.09.2024 ovvero dopo ventotto giorni (28) dalla pubblicazione del Bando di Gara e quindi cinque giorni (5) dopo il termine per chiedere chiarimenti e cinque giorni (5) prima del termine di scadenza della presentazione dell'offerta;
- la società interessata, durante il sopralluogo, non ha espresso alcuna specifica richiesta, né fatto verbalizzare omissioni in tal senso;
- l'art. 92, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023 consente la proroga solo nell'ipotesi di una richiesta avanzata "in tempo utile" e, pertanto, nella fattispecie, la richiesta è tardiva, ma, in ogni caso, una irrituale concessione della proroga avrebbe determinato la violazione della par condicio tra i concorrenti ovvero avrebbe leso i diritti degli altri concorrenti che hanno espletato tutte le attività necessarie ad una corretta formulazione dell'offerta nel termine all'uopo prescritto;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 28.10.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che la particolarità della situazione verificatasi e del conseguente quesito giuridico posto sollecita una preventiva verifica circa l'ammissibilità dell'istanza in esame e che in tale prospettiva deve essere rammentato che l'elaborazione giurisprudenziale sul tema ha più volte chiarito che la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito (essendo titolare di una posizione differenziata) e che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta



la lesione. Le eccezioni, che impongono l'onere di immediata impugnazione, possono essere ricondotte alle ipotesi in cui (i) si contesti in radice l'indizione della gara, (ii) si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto affidamento in via diretta del contratto, (iii) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2019, n. 2732);

CONSIDERATO che «*per potersi definire "immediatamente escludente" (con quanto ne segue su oneri e modalità di impugnazione), la previsione della lex specialis deve porre con immediata e oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore "medio" di formulare un'offerta economicamente sostenibile (ossia astrattamente idonea a produrre – pur nella normale alea contrattuale – un utile derivante dall'esecuzione del contratto)*». Nel solco di tale orientamento, il C.G.A.R.S. (sentenza 22 dicembre 2022, n. 1302) ha rilevato che «*più specificatamente vanno considerate "clausole immediatamente escludenti" solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico*»; con la conseguenza che «*l'operatore economico che intende far valere la valenza immediatamente escludente della clausola deve provare, in concreto, che l'impossibilità di partecipare alla gara è comune alla maggioranza delle imprese del settore di riferimento...*» (TAR Lazio Roma, Sez. IV, 21.09.2023, n. 14078);

CONSIDERATO che il caso di specie andrebbe ricondotto all'ipotesi di contestazione/impugnativa di una clausola o di una condizione di gara immediatamente escludente, atteso che la parte istante contesta appunto l'impossibilità di partecipare alla gara *de qua* non avendo potuto effettuare un sopralluogo completo e, anche in tal caso, l'esiguità del tempo per poter formulare la propria offerta, stante la complessità dell'appalto, da un lato, e la scadenza del bando a ridosso del sopralluogo medesimo (soli 3 giorni), dall'altro;

RITENUTO, sulla base dei principi giurisprudenziali dianzi riportati, che nel caso in esame – approfonditi gli aspetti oggetto di censura nel corso dell'istruttoria avviata – non paiono sussistere i presupposti per riconoscere alla società istante la possibilità di una impugnazione immediata del bando e, parimenti, considerando l'identità di condizioni per riconoscere la legittimazione ad agire, di richiedere un parere di precontenzioso, atteso che sussisteva comunque la possibilità di formulare una offerta e che l'alea derivante dal mancato sopralluogo dei refettori non si pone nei termini di "oggettiva e immediata impossibilità di formulare una offerta economicamente sostenibile comune alla maggioranza delle imprese del settore di riferimento", considerato che tutti gli altri operatori economici interessati, pur nelle medesime condizioni della società istante, hanno presentato la loro offerta;

RITENUTO, dunque, che sussistono i presupposti per dichiarare l'inammissibilità dell'istanza di parere ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. b) del Regolamento di precontenzioso per assenza di una questione controversa tra le parti interessate;

RITENUTO opportuno chiarire, in ogni caso anche in considerazione delle funzioni di indirizzo dell'azione amministrativa e di corretta interpretazione delle disposizioni normative e regolamentari nell'ambito della contrattualistica pubblica attribuite dal legislatore all'Autorità, che le doglianze della società istante appaiono comunque infondate anche nel merito, considerato che, per un verso, la lamentata esiguità del tempo rimasto a disposizione successivamente al sopralluogo per formulare la propria offerta (motivo per il quale era stata chiesta una proroga dei termini per la presentazione delle offerte) non è imputabile alla stazione appaltante, avendo il concorrente inoltrato la richiesta di sopralluogo solo 5 giorni prima della scadenza del bando, accettando in tal modo, di fatto, ogni conseguenza negativa derivante dall'eventualità che da tale ispezione dei luoghi emergessero elementi di criticità in qualche modo incidenti sulla formulazione della propria offerta e, per altro verso, che – contrariamente a quanto



sostenuto dall'istante – la “visita dei luoghi” ai sensi dell’art. 92 del Codice non è affatto prevista dal legislatore come obbligatoria per ogni appalto (*...tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell’offerta*), ma solo ove ritenuta indispensabile dalla Stazione appaltante sulla base di una valutazione discrezionale e come tale sindacabile solo per manifesta illogicità, incongruità o irragionevolezza, che, nel caso di specie, non emerge,

il Consiglio

ritiene, per tutte le motivazioni che precedono, che l’istanza in oggetto sia inammissibile ai sensi dell’art. 7, comma 1, lett. b) del Regolamento di precontenzioso.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2024
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente